



## **Суд подтвердил возможность применения правил «тонкой капитализации»**

В течение 2011 года российские арбитражные суды вынесли несколько решений в пользу налоговых органов в спорах о применении правил «тонкой капитализации» в контексте использования Соглашений об избежании двойного налогообложения («СИДН»). Указанный результат, на первый взгляд, сложно считать закономерным, особенно учитывая сложившуюся в последние годы практику по аналогичным вопросам.

В то же время стоит отметить общее ужесточение государственной политики в отношении применения СИДН<sup>1</sup>, озаменованное подписанием на уровне министерств Протокола к СИДН с Кипром в 2009 году.

Важным примером усложнения подхода налоговых органов к анализу вопросов международного налогового планирования является дело № 8654/11 и вынесенное по нему в пользу налоговых органов постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ. Суть позиции Президиума ВАС по данному спору заключается в подтверждении применения российских правил «тонкой капитализации» к процентам по контролируемой задолженности вне зависимости от запрета на дискриминацию, установленного положениями СИДН.

### **Факты**

В 2007-2008 гг. ОАО «Угольная компания «Северный Кузбасс» («Общество») начислило и включило в расходы суммы накопленных процентов по договорам займа от аффилированных компаний.

В частности, в 2008 г. Общество имело задолженность по договорам займа перед MITTAL STEEL HOLDING AG (Швейцария), которая впоследствии уступила все права по данному договору компании ArcelorMittalFinanse (Люксембург).

До этого, в 2007 году у Общества имелась задолженность по договорам займа перед компанией ОАО «Карельский окатыш», аффилированной с материнской компанией Общества - «Фронтдил Лимитед» (Кипр).

### **Позиция налоговых органов**

Правила «тонкой капитализации» (ПТК) представляют собой совокупность специальных ограничений применяемых в целях объективного учета расходов в виде

---

<sup>1</sup>11.10.10 подписан на уровне президентов Протокол к СИДН между РФ и Кипром; 24.09.11 подписан Протокол к СИДН между РФ и Швейцарией (на уровне министерств); 21.11.11 подписан Протокол к СИДН между РФ и Люксембургом (на уровне министерств)



процентов для целей налога на прибыль. Основными критериями российских ПТК является аффилированность займодавца, участие иностранного элемента и превышение соотношения контролируемой задолженности над собственным капиталом более чем в три раза. Основной целью ПТК является противодействие необоснованной налоговой выгоде, получаемой российскими компаниями при использовании внутригруппового финансирования с целью снижения налоговой базы по налогу на прибыль. С учетом использования благоприятных положений СИДН ставка налога у источника может быть снижена до нуля, что делает подобные схемы крайне привлекательными для участников бизнеса.

Налоговые органы сформировали свою позицию относительно существования особых нерыночных отношений между сторонами, и как следствие, применение к учету процентных расходов в целях налогообложения ПТК, основываясь на следующей аргументации:

- займы были предоставлены Обществу без залога и поручительства, несмотря на отрицательные чистые активы в рассматриваемом периоде;
- уступка прав по договорам займов происходила одновременно со сменой акционеров в компаниях-заемщиках;
- проценты по договорам займов начислялись и включались Обществом в расходы в целях налогообложения. При этом фактической уплаты процентов в течение значительных периодов времени не проводилось;
- общие принципы о недискриминации, в том числе по принципу «происхождения капитала», предусмотренные п. 3 и 4 статьи 24 СИДН с Кипром и Швейцарией, не препятствуют корректировке условий сделки, в случае, если займодавец и заемщик являются ассоциированными предприятиями и между ними установлены нерыночные условия (п.1 ст. 9 и п.5 ст.11).
- применяемый в российском налоговом законодательстве подход к определению предельной величины процентов предусмотрен в отчете ОСЭР как *«fixed ratio approach»* и сам по себе является механизмом проверки условий заемного финансирования на рыночность.

Таким образом, ввиду того, что характер сложившихся между сторонами отношений по договорам займа значительно отличался от рыночного, к ним должны быть применены национальные ПТК. В данном случае это не должно противоречить положениям о недискриминации соответствующих СИДН.



## Позиция налогоплательщика

Налогоплательщик, в лице «Пепеляев Групп», представил ряд аргументов в пользу применения положений СИДН о недискриминации и их безусловном превалировании над российскими ПТК.

В частности, среди доводов, подтверждающих позицию налогоплательщика, были озвучены следующие:

- при построении схемы финансирования не преследовалась цель ухода от налогообложения, напротив, займы использовались в производственных целях;
- налоговые органы не исследовали вопрос о рыночности отношений между заемщиком и займодавцами;
- абсолютный приоритет норм СИДН подтверждается также положительной для налогоплательщиков судебной практикой в Евросоюзе (Суд ЕС, суды Великобритании, Швейцарии, Германии, Франции) и т.д.

## Решение суда

По мнению Президиума ВАС, суды нижестоящих инстанций ошибочно сослались на статью о недискриминации (ст.24) СИДН с Кипром и Швейцарией, придав ей более широкое толкование и исключив возможность применения правил тонкой ПТК (п. 2 ст. 269 НК РФ).

В данном случае, суд посчитал, что заемщик (Общество) и займодавцы являлись «ассоциированными предприятиями», в отношении которых ст. 9 СИДН предусматривает особый порядок налогообложения прибыли (при наличии между ними особых коммерческих и финансовых взаимоотношений). Такой порядок, в частности, не исключает возможности применения в России специальных ПТК как средства борьбы с минимизацией налогообложения.

В постановлении Суд сослался также на официальные комментарии ОЭСР к Модельной конвенции об избежании двойного налогообложения<sup>2</sup>, где указывается на возможность применения указанной статьи не только для определения конкурентности рыночной ставки, предусмотренной для займа, но и для определения того, является ли ссуда реальной или же представляет собой, например, «скрытый» вклад в акционерный капитал.

## Наши комментарии

Несмотря на то, что вопрос запрета на дискриминацию российских компаний с

---

<sup>2</sup>подпункт «b» пункта 3 комментариев к статье 9 МК ОЭСР



иностранным участием в контексте применения СИДН всегда считался спорным, тенденция последних лет позволяет говорить о том, что до последнего времени в России успела сформироваться в целом положительная для налогоплательщика судебная практика. В этой связи, отрицательное Постановление Президиума ВАС является прецедентным в своем роде.

Официальная позиция суда заключается в том, что запрет на дискриминацию не препятствует применению российских ПТК, если между «ассоциированными предприятиями» существуют особые нерыночные отношения, установленные в соответствии со ст. 9 СИДН.

Президиум в большей степени воспринял четкую и хорошо проработанную аргументацию налогового органа, а также сослался на официальные комментарии к МК ОЭСР. С одной стороны это может являться показателем формирующейся позиции судебных органов по данному вопросу, с другой – демонстрирует усложнение подхода налоговых органов.

Тем не менее, ввиду того, что аргументация налогоплательщика была в целом выстроена не на четком последовательном оппонировании представителю налоговых органов, а вокруг доказательства абсолютного превосходства принципов недискриминации, Президиум не прояснил ряд существенных для спора моментов, в частности:

- 1) При цитировании комментария к параграфу 3 ст. 9 МК ОЭСР судом был проигнорирован пункт 74 комментария к параграфу 4 ст. 24 этой же конвенции. Данный комментарий прямо запрещает применение локальных ПТК, если эти правила не соответствуют п. 3 ст. 9 и п.6 ст. 11 СИДН и предусмотрены только для займодавцев-нерезидентов.
- 2) Президиум ограничился общей характеристикой построенного бизнеса, как «особых коммерческих и финансовых отношений» (в контексте применения п. 1. ст. 9 СИДН), направленных на минимизацию налогообложения и, таким образом, попадающих под ПТК (п. 2 ст. 269 НК РФ). При этом анализу условий предоставления займов и их проверке на рыночность не было уделено достаточно внимания.

Таким образом, далеко не все нюансы применения ПТК трактуются однозначно. По таким вопросам как возможность применения фиксированного соотношения, предусмотренного национальными ПТК, как индикатора нерыночных отношений (“*fixed ratio approach*”), а также применения механизма пошаговой замены юрисдикций при проверке влияния дискриминационных положений на участников отношений, не содержится четких ответов даже в официальных комментариях ОЭСР.



Вместе с тем, становится все более очевидным качественный прогресс и усложнение подхода налоговых органов к анализу международных структур, в том числе, на предмет наличия в сделках деловой цели. Отражение этого можно найти и в недавней судебной практике по делам, касающимся целесообразности применения льготных положений международных налоговых соглашений<sup>3</sup>.

Все вышеизложенное свидетельствует о необходимости осуществления профессионального налогового планирования еще на начальных этапах структурирования сделок, особенно при использовании льготных положений СИДН.

---

<sup>3</sup>Дело «Нарьянмарнефтегаз» № А40-1164/1199-7; дело «Монетка» № А60-32327/2010, Письмо Минфина России от 30.12.2011 № 03-08-13/1



Андреас Неоклеус и Компания, юридические консультанты  
Московский офис

Переведеновский пер. 13-21  
105082 Москва, Россия

Тел. 7 495 933-8703  
[www.neocleous.ru](http://www.neocleous.ru)



Александр Белочкин  
*Управляющий директор*  
Alexander.Belochkin@neocleous.com



Максим Ключников  
*Старший юрист*  
Maxim.Klyuchnikov@neocleous.com